

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0596-OF

Quito, D.M., 19 de agosto de 2020

Asunto: Absolución de consulta, contenida en oficio Nro. MTOP-MTOP-20-1001-OF, suscrito por el Ministro de Transporte y Obras Públicas, sobre la aplicabilidad del artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP. (RE-SERCOP-2020-0104)

Señor Magíster
José Gabriel Martínez Castro
Ministro de Transporte y Obras Públicas
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. MTOP-MTOP-20-1001-OF, de 13 de agosto de 2020, mediante el cual, el Mgs. José Gabriel Martínez Castro, en calidad de Ministro de Transporte y Obras Públicas -MTOP, solicitó el pronunciamiento de este Servicio Nacional; al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

1.1.- Mediante oficio Nro. MTOP-MTOP-20-1001-OF, de 13 de agosto de 2020, el Ministro de Transporte y Obras Públicas -MTOP, solicita a este Servicio Nacional, lo siguiente:

“¿Es factible que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en pro de atender situaciones emergentes concretas, inmediatas, imprevistas, probadas y objetivas, determinadas por causas naturales, por situaciones de fuerza mayor y/o caso fortuito y que cuente con los informes y justificativos técnicos necesarios, puede ampliar el plazo de declaratoria de emergencia a fin de poder efectuar la ejecución contractual más allá de los sesenta (60) días definidos en la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0104? ”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

De conformidad con lo determinado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. El principio constitucional de juridicidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, establecen que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública solo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

En este sentido, el artículo 10 de la LOSNCP, creó el Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP-, como un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, el cual ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con las atribuciones establecidas en Ley en referencia, su Reglamento General y demás normativa conexas. Dentro de dichas atribuciones regladas, y conforme lo previsto en el número 17 del artículo anteriormente referido, el SERCOP es competente para: "(...) Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema".

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, detalla las entidades contratantes que se encuentran obligadas a cumplir y acogerse a los procedimientos de contratación pública para la adquisición de bienes, arrendamiento, ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría. Además, las entidades que comprenden el sector público y forman parte de la administración

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0596-OF

Quito, D.M., 19 de agosto de 2020

pública constituye un servicio a la colectividad, y que al manejar o administrar recursos públicos, sus actuaciones deberán enmarcarse en virtud de los principios de la Administración Pública determinados en el artículo 4 en concordancia con el artículo 5 de la LOSNCP.

En este orden de ideas, la atribución reglada[1] en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública, es decir que, es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación pública el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

Por lo que, con relación a su requerimiento, me permito indicar que este Servicio, considerando la situación de emergencia sanitaria[2], por la cual atraviesa el país, comprometido en garantizar el normal funcionamiento y control del sistema nacional de contratación pública, así como, el cumplimiento de los principios de transparencia, oportunidad, trato justo y concurrencia en la contratación por emergencia, enfocándose en la calidad de gasto público y evitar la discrecionalidad, conforme los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública previstos en los números 1 y 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emitió las instrucciones respectivas sobre el procedimiento de emergencia, con la emisión de las Resoluciones Externas Nros. RE-SERCOP-2020-0104, publicada en el Registro Oficial Suplemento 461, de 23 de marzo de 2020, RE-SERCOP-2020-0105, publicada en Registro Oficial Suplemento 490, de 09 de abril de 2020; y, RE-SERCOP-2020-0106, publicada en Registro Oficial Edición Especial 832, de 29 de julio de 2020, que introducen reformas a la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por este Servicio Nacional (Capítulo I del Título VII); y, RE-SERCOP-2020-107 de 14 de agosto del 2020, con el fin de que las contrataciones de emergencia se orienten directamente a satisfacer las urgencias propias de la actual situación de emergencia.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, las situaciones de emergencia se refieren a aquellas situaciones que provengan de causas de fuerza mayor o caso fortuito; es decir, que son situaciones que no se pueden prever, en ese sentido, la Codificación del Código Civil, en su artículo 30, define a la fuerza mayor y al caso fortuito como “(...) *el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público (...)*”. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico la fuerza mayor y al caso fortuito como sinónimos, la doctrina hace la siguiente distinción:

Fuerza mayor: “*Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito. Aparece como un obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales, que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito, reservado para éste los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero (...)* La fuerza mayor se equipara a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la Ley o excusa plenamente del incumplimiento inevitable en que se haya podido incurrir”[3].

Caso fortuito: “(...) *se produce con independencia de la voluntad del hombre o influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable o de su acción legal o ilegal de persona distinta del obligado*”[4].

La situación de emergencia goza de ciertas características esenciales, debe ser **concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva**. Respecto a la inmediatez e imprevisibilidad, el autor ecuatoriano señala lo siguiente:

“*Es necesario que las declaraciones en situaciones de emergencias sean inmediatas, este requisito en una situación de emergencia opera no solo cuando el hecho sucede de manera rápida, sino que la atención que requiere ese hecho para enfrentar o disminuir sus consecuencias deben guardar celeridad. La contratación pública prevé la contratación emergente con el fin de evitar grandes daños a bienes que pertenecen al Estado y, sobre todo, busca brindar protección rápida a las que hayan sido afectadas por un desastre natural. Debe*

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0596-OF

Quito, D.M., 19 de agosto de 2020

entenderse como imprevisto al acto que ocurre sin presentar ni dar signos o señales anticipadas que puedan anunciarlo. Por ejemplo, un desastre natural es un fenómeno impredecible, por lo que para poder contratar por situación de emergencia es necesario que esta característica sea parte de la motivación que la entidad contratante presente en el acto normativo correspondiente”[5].

Si bien es cierto que la inmediatez obliga al Estado a responder de manera ágil y eficiente en procura de satisfacer necesidades básicas y garantizar derechos fundamentales de la población, es menester que la situación de emergencia responda al criterio de imprevisibilidad, de conformidad con lo expresado en párrafos precedentes. Por lo que, la definición de emergencia que se encuentra contenida en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, (concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva)[6] es meramente ejemplificativa y no taxativa, no agota todas las posibles situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que puedan existir; el legislador ecuatoriano ha previsto la posibilidad que las entidades contratantes ante situaciones de emergencia, puedan adquirir de manera directa bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se requieran de manera estricta para superar la emergencia.

Es así que, para atender una situación de emergencia conforme los requisitos que establece el número 31[7] del artículo 6 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante de forma previa debe emitir una resolución motivada (Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador), a través de la cual declare la emergencia, con la finalidad de justificar las contrataciones que se efectúen durante la emergencia declarada con antelación que tendrá que ser publicada de forma inmediata a su emisión en el Portal COMPRASPUBLICAS, siendo esta acción, un requisito previo y habilitante para continuar con las contrataciones de emergencia. De forma excepcional, para los casos en los que las contrataciones sean para atender catástrofes naturales, la entidad contratante podrá publicar la resolución en un término máximo de cinco (5) días posteriores a su emisión.

De igual forma se estableció, el plazo de declaratoria de emergencia que contempla el artículo 361.1 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, agregado por el artículo 2 de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0104, y reformado por el artículo 1 de la Resolución Externa Nro. RE-SERCOP-2020-0105, que no podrá ser mayor a sesenta (60) días, salvo que esté vigente un estado de excepción decretado por el Presidente de la República, relacionado a la declaratoria de emergencia; en cuyo caso, el plazo de la declaratoria de emergencia estará supeditado a lo decretado por el Presidente, en lo que fuera aplicable, debiendo indicar que en vigencia de la Resolución No. RE-SERCOP-2020-107 de 14 de agosto del 2020, el artículo 5 de la norma, incorpora para la ejecución contractual un inciso al final al artículo 361.2 indicando que: *"Las entidades contratantes de manera excepcional no se sujetarán al plazo previsto en el inciso anterior, cuando existan razones técnicas que acrediten y sustenten que el contrato celebrado en el período de declaratoria de emergencia, destinado a superarla, deba ejecutarse y cumplirse en un tiempo mayor de duración, como cuando debe construirse una obra, para evitar o prevenir que se cause ruina en otra infraestructura o se impida un daño mayor. Para tal efecto se deberá contar con la aprobación de la máxima autoridad sustentada en informes técnicos respectivos"*

Por lo señalado, el artículo 5 de la Resolución No. RE-SERCOP-2020-107 prevé que en el plazo de 60 días de emergencia, se puede suscribir los contratos respectivos y ejecutarlos; sin embargo en el supuesto excepcional que se requiera un plazo mayor para la ejecución de las obligaciones contractuales; este deberá contar con la justificación técnica respectiva y la autorización de la máxima autoridad.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] *"Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica específica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto", Roberto Dromi. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires, Ediciones*

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0596-OF

Quito, D.M., 19 de agosto de 2020

Ciudad de Argentina, 1998), 438.

[2] En el marco del Decreto Ejecutivo Nro. 1017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 163, de 17 de marzo de 2020, el Presidente de la República del Ecuador, declaró estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional ante el brote del Coronavirus (COVID-19); y, el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por la Ministra de Salud Pública, mediante el cual, se declara el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, con el objetivo de prevenir un contagio masivo de la población provocado por el Coronavirus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud. Adicional, con fecha 15 de mayo de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1052, de 15 de mayo de 2020, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador resolvió renovar el estado de excepción.

Así mismo, con fecha 15 de junio de 2020, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1074, el señor Presidente Constitucional del Ecuador resolvió decretar el estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional, por la presencia del COVID-19 en el Ecuador y por la emergencia económica sobreviviente a la emergencia sanitaria que atraviesa el Estado ecuatoriano.

[3] Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.), 143-144.

[4] *Ibíd.*, 108-109.

[5] Holger Paul Córdova Vinuesa, *Corrupción e Impunidad en la Contratación Pública Tomo I*, (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 302-302.

[6] Real Academia Española. "Diccionario de la Real Academia de Lengua Española", accedido el 21 de julio de 2020. <https://dle.rae.es/concreto?m=form>

Concreta: "*Preciso, determinado, sin vaguedad.*"

Inmediata: "*Que sucede enseguida, sin tardanza.*"

Imprevista: "*No previsto.*"

Probada "*Acreditado como verdad en los autos*"

Objetiva "*Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce.*"

[7] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: número 31 del artículo 6 "*Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva*"

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dr. Juan Aguirre Ribadeneira
DIRECTOR GENERAL

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-2185-EXT

fa/mf/dv